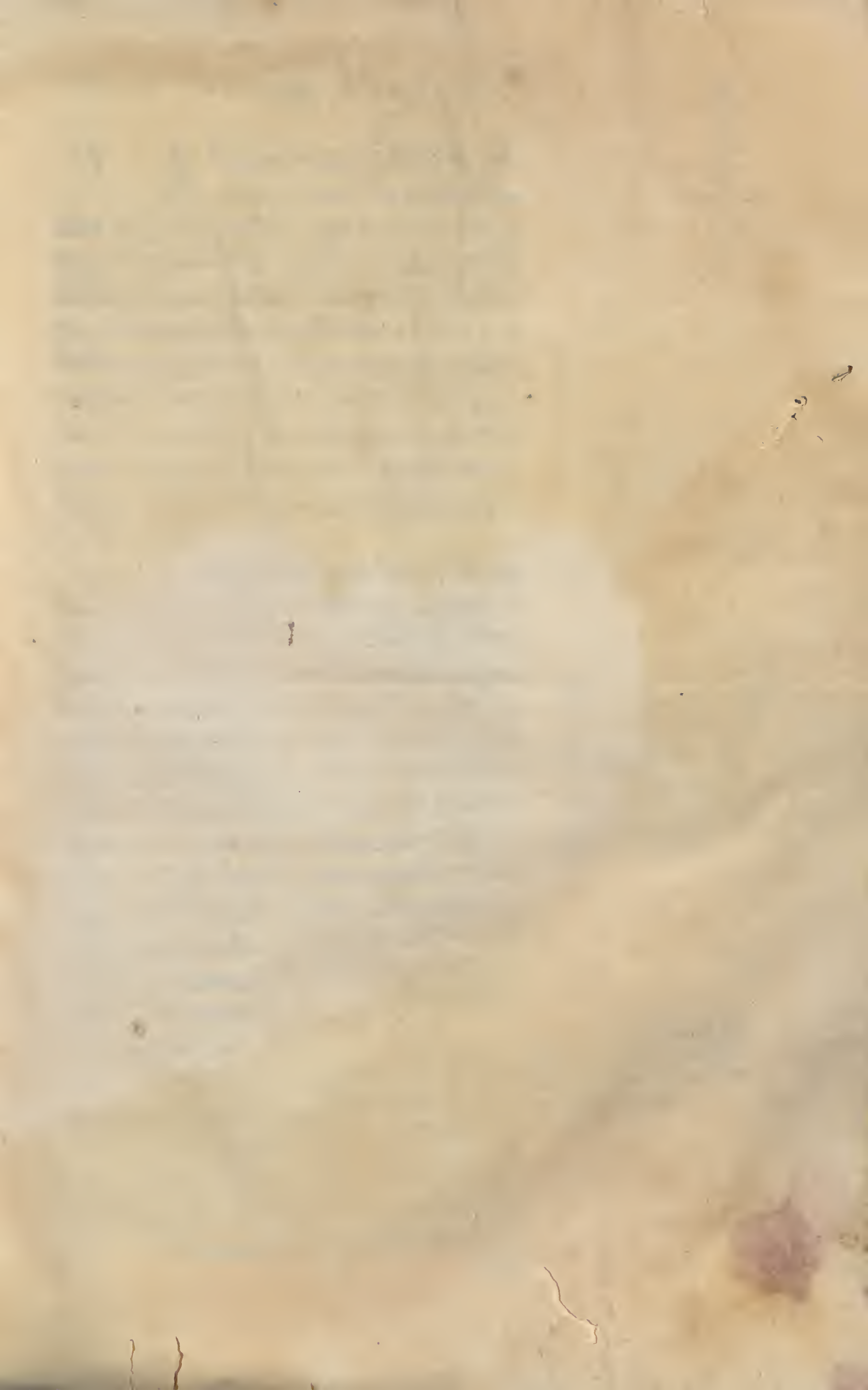


✠

1 AVnque en nueſtro papel, parece, preuino la conſideracion las que ſe podian ocurrir en defenſa de Don Antonio Diez Canſeco, y las que ſe adelantarian en la de D. Diego de Santiago (demonſtando la debilidad deſtas, y la ſolidez de aquellas, aſsi en el punto primero de los llamamientos, como en el ſegundo de lo taxatiuo) ſin embargo el auer reconocido, que a la viſta ſe excitaron otras, mueue el diſcurſo a que las examine con toda preciſion.

2 Don Iuã de Santiago nombrò por vnica Patrona à Doña Maria, *y deſpues à ſus ſobrinos, como ella los nombraſſe, à cuya diſpoſiciõ lo dexò*, en que ſe diſcurre por el Abogado de D. Diego, que ſu nombramiento fue preciſo, y inmediato deſpues de el de Doña Maria, y que ſolo en lo accidental de la forma del pudo obrar la delacion que hizo D. Iuan en la voluntad, y diſpoſicion de Doña Maria, pero no en lo eſſencial, y ſubſtãcial del miſmo nõbramiento, que quedò preciſo, y perfecto deſpues del de Doña Maria, y que aſsi no pudo anteponer a Don Antonio, por vulgares deciſiones de Papiniano. (1)

3 Pero eſte diſcurſo (que en la apariẽcia tiene eficacia) queda ſin ella en el de q̃ nombrar D. Iuan perfectamente a D. Maria, y deſpues a ſus ſobrinos, *como ella los nombraſſe, à cuya diſpoſiciõ lo dexò*, no fue darles nombramiento puro, perfecto, inme-

1 *In l. hæredes mei 57. §. peto, ff. ad S. C. Trebell. & in l. cum pater 77. §. à te peto 32. ff. de legat. 2.*

A dia-

diato, y preciso despues della, ni en lo substancial, ni en lo formal, porque para dersele huuiera dicho, *y despues della mis sobrinos, con las cargas, grauamenes, y condiciones que ella les impusiere*, en cuya especie quedauan nombrados substancialmente despues della con inmediacion precisa, y solo la disposicion accidental de la prelacion entre ellos, y condiciones q̃ auian de obseruar, diferida en la de Doña Maria, sin estar superfluas, y sin exercicio las palabras, *como ella los nombrare, à cuya disposicion lo dexo*, y sin tener que suplir a la palabra, *despues*, la *de ella*, q̃ es la que califica la inmediacion, y es la que falta en nuestro caso.

4 Con que los textos (que para la precision inmediata se ponderã por D. Diego) son decisiuos para el caso que figuramos en el numero antecedente, pero no para el presente, q̃ nos figurò la disposiciõ de D. Iuan: porque en el primero se propone, (2) q̃ vno instituyò por heredera a su muger, y le dixo: *Pidote, amada muger mia, que quãdo mueras restituyas mi herencia à mis hijos, ò à vno dellos, ò à mis nietos, ò à quien quisieres, ò à mis parientes, ò al que quisieres de todos mis parientes.* Y juzgò Papiniano, no podia la eleccion de la muger anteponer, ni posponer los del vn grado a los del otro, y que precisamente (viuiendo los hijos, ò alguno dellos al tiẽpo de su muerte) a ellos, y no a los nietos, ò alguno dellos, debe restituir el fideicomisso, y q̃ solo en falta de aquellos puede elegir a estos; y en defecto destos (y no de otra suerte) a los parien-

2 In dict. l. heredes mei 57. §. peto.

rientes; pero esto por què razon? Porque pura, y perfectamente, y sin dependencia de la disposicion de la muger, quedarõ cada vno en su grado llamados por el testador al fideicomisso, y tan solamente le permitiò la eleccion entre los de cada grado, como lo muestran sus palabras, (3) y las de la decision de Papiniano, (4) y por esta misma razon fue igual la determinacion en el supuesto segundo de Papiniano. (5)

3 In dict. §. *peto, vti cũ morieris, restituas hæreditatem filijs meis, vel vni eorum, &c.*

4 *Inter filios, respondi, substitutionem factam videri*: Et postea *propter gradus fideicommissi præscriptos*.

5 *In dict.* § .*à repeto*, *l. cum pater* 77 .*ff.de leg.*27.

5 Lo qual sucede al contrario en el q̃ discurrimos, porque D. Iuan no dexò perfectamente nombrados a sus sobrinos despues de su muger, *sino como ella los nõbrasse, a cuya disposicion difiriò la suya*, disimilitud que varia tanto la substancia de este caso al de los textos que se inducen por parte de D. Diego, que totalmente por la misma razon de la decision dellos debe ser cõtraria la del presente, como elegantemente discerniẽdo las especies de vno, y otro prueba el Consulto Gayo, (6) proponiendosele esta: *Cum quidã pluribus hæredibus institutis, vnus fideicommisisset, vt, cũ moreretur, vni ex hæredibus cui ipse vellet, restitueret eam partem hæreditatis, quæ ad eum peruenisset*. Y respondiò: *Verissimum est vtile esse fideicommissum*, y dio la razõ, aludiendo a la de Papiniano en los textos superiores, *nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omninò velit restituere, sed cui potius restituat*. Y despues atendiendo a la diferencia de nuestro caso, le distingue del que se le propuso, *plurimum enim interest, vtrum in POTESTATE*

6 *In l. vtrum* 7. § .*cum quidam, ff. de reb. dub.*

(es-

(esto es, *en la disposicion*) *eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare; an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.*

6 Confirmase este concepto en el de que siẽdo esta palabra, ò adverbio *despues*, naturalmente equiuoco, y ambiguo, q̃ tanto significa, *despues*, con continuacion inmediata, como con interualo, y transcurso de tiempo (7) el auer dicho D. Iuan, *y despues mis sobrinos, como ella los nombrare*, no fue darles nombramiento necessario, y inmediato despues de su muger, sino tambien facultatiuo, remoto, y dilatado a despues, en qualquier tiempo.

7 *L.2.§.prius, vbi glos. verb. Deindè, iuncta l.si quis eum 16.§.si suo, ff.de vulgar. & pupillar. l.Gallus in princip. ff.de liber. & posthum. l. quotiens 9.§.si quis ita scripserit 14.ff.de hared. instit. l. iuris gentium 7.§.quinimo, vers. Post emptionẽ, ff.de pact. l.perfecta donatio, C.de donat. sub mod.* Alex *cons.141. viso testamento, num.2.& 3. lib.2.* D.Couarr.*lib.1.var. cap.14.num.1.* Horat. Barbat.*de fideicom. & maioratib.part.3.cap.2.à n.5.*

7 Con que auiendo el mismo D. Iuan cometido a Doña Maria la declaracion de su voluntad, *sin limitacion alguna* en otra clausula, y en esta, *como ella los nombrasse, a cuya disposicion lo dexò*, avràn precisamente de aquietarse, y obedecer D. Diego, y sus hermanos a la que ella hizo con juramento, mientras notoria, y euidentemente no probaren repugna al literal significado de las palabras desta clausula, como probamos en nuestro papel num. 24. & 25.

8 Y se confirma de que aunque el possecdor de mayorazgo no pueda alterar cosa alguna de las expressadas en su fundacion, puede empero interpretarla si està dudosa, y equiuoca, declarando quien fue en su juizio el antepuesto, ò pospuesto por el de la mente del fundador (sin embargo q̃ no le diesse comission para ello) y esta interpretacion deben seguir los señores Iuezes,

prin-

principalmente quando el que la hizo pudo adquirirla del trato, y comunicaciō que tuuo con el mismo fundador, como afirman el señor Molina, y otros. (8)

9 Este discurso se afiança en el de q̃ para que aquellas palabras, *y despues mis sobrinos*, induxessen necessario consecutiuo nombramiento al de Doña Maria, eran menester dos circunstancias. La primera, que a la palabra, *despues*, se siguiesse la *de ella*, (ò otra equipolente) que es quādo causa orden preciso consecutiuo, sin dilacion de tiempo. (9) Y la segunda, que faltassen las subsiguientes, *como ella los nombrare, a cuya disposicion lo dexo*, para que Doña Maria ni tuuiesse el arbitrio libre q̃ le atribuyeron, ni el interpretatiuo, y declaratiuo (que este al menos no se le puede negar) de la ambiguedad de las antecedētes, *y despues mis sobrinos*; cō que auiendo las vnas, y faltando las otras, la declaracion en los nombramientos hechos por Doña Maria, no solo fue en alteracion, y peruersion de la expressa voluntad de D. Iuan, sino en adequada, natural, y necessaria explicacion de su perplexidad.

10 Pero quando esta literal, y genuina consideracion cessasse, auiendo sido mas de la mitad de la fundacion deste Patronato caudal propio de los gananciales de Doña Maria, q̃ voluntariamente aplicò a ella, los llamamientos, clausulas, y grauamenes que impuso (y pudo imponer, como en disposicion propia) obran con tanta eficacia, que

8 D. Molin. *lib.1. cap. 8. num. 38.* & ibi Addit. *in vers. Ibi, quod quādo Castill. libr. 3. cap. 10. à num. 31. & tom. 6. cap. 161. num. 20. & 21. & cap. 183. à num. 1. & cap. 184.* (*vbi de executore testamentario*) Ramon *cōs. 100. nū. 143.* Aug. Barbos. *vot. decisiu. 7. num. 26.* Fusar. *de substit. quæst. 501. nū. 9.* D. Valençuel. *cons. 135. num. 141.* & Capic. Latr. *consult. 85. n. 33.*

9 *Vt in l. 1. §. post*, ibi: *Post suos statim consanguinei vocantur, l. 2. ff. de suis, & leg. hæredib. l. cum ita legatur 32. §. in fideicommisso*, ibi: *Aut post omnes eos extinctos, ff. de leg. 2. l. liberorum 220. ff. de verbor. significat.* ibi: *Quoties nō omnibus, qui post eos sunt*, Dec. *cons. 431. num. 6.* Decian. *cons. 1. num. 226. lib. 1.* Tusch. *conclus. 336. num. 6. lit.* D. Horat. Barbar. *de fideicomm. dict. p. 3. cap. 2. num. 6.*

que (no siendo totalmente incompatibles, y contrarias a los de la voluntad de D. Iuã) se deben tanto obseruar en la parte que fue fundacion del, como en la que lo fue della, y el que quisiere suceder en esta, las avrà de tolerar en aquella. (10)

10 Ex doctrina D. Molin. *lib. 1. cap. 8. num. 35.* ibi: *Is tamen, qui ex bonis suis aliquid maioratui adiunxit, poterit quacumque vincula, ac conditiones, tàm antiquo maioratui, quàm proprijs bonis adijcere; nec is qui in bonis eius successerit, poterit nouum maioratum consequi; & ex bonis antiqui maioratus nouas conditiones rejcere: sed aut debet bona nouiter maioratui addita relinquere; aut ipsas conditiones admittere,* Castill. *lib. 3. controu. cap. 10. à n. 9. & 17.* Addit. *ad D. Molin. dict. num. 35. vers. Secũdus casus,* D. Hermenegild. de Roxas *de incompat. maiorat. part. 1. cap. 7. à num. 29. & part. 4. cap. 5. à num. 28. & part. 8. cap. 3. n. 11. & 12.*

11 De que por legitima consequẽcia se sigue, que no siendo (como no son) los llamamientos hechos por Doña Maria absolutamente contrarios, y incompatibles con los de Don Iuan (por la duda, y perplexidad que contienen para juzgarse inmediatamente consecutiuos al de Doña Maria, y auerla ella podido declarar, sin que esta declaracion incluya notoria repugnancia, y peruersion de la voluntad de su marido) no llega el caso de la separaciõ de las fundaciones, que considerò el señor Molina; (11) y si D. Diego quiere suceder en la que emanò de caudal de Doña Maria, avrà de tolerar su disposiciõ en la que lo es de D. Iuan, y por el consiguiente aquietarse al nombramiento anterior de D. Antonio.

11 D. Molin. *sup. in verse. In hoc autem, & n. 36. & cateri* supra adducti DD.

12 Sin que sea razonable replicar, que aunque el efecto, que destinò D. Iuan para la fundaciõ fuesse taxatiuo, limitado, y cõdicional a lo que viniesse del empleo de Indias, y que la mitad del tocasse a Doña Maria por gananciales, sin embargo tãpoco en esta se debe juzgar fundaciõ della, sino del, respeto de que dexandola por heredera la pudo grauar el propio caudal de sus gananciales, en quanto cupiesse en el de su herencia. (12)

12 Ex reg. l. ab eo, C. de fideicom. cum similib.

Por-

13 Porque es hazer nueua volũtaria duda, la que con lo taxatiuo se disuelue cõ euidencia, pues lo que por D. Antonio se dize, no es que D. Iuan no pudo grauar a Doña Maria en su propio caudal, en quanto cupiesse en el de su herencia, sino que auiendo señalado limitada, condicional, y taxatiuamente la parte que a èl tocaua en el empleo de Indias para este Patronato, y memorias, circunscriuiò, y reduxo su voluntad, y fundacion a lo que meramẽte della procediesse, y assi no grauò, ni quiso grauar a su heredero ni en los bienes de la herencia, ni en los propios al suplimiento; y esto es lo que en nuestro papel probamos en el punto segundo; con que no es dudable, que la mitad del empleo, q̃ tocò a Doña Maria, no quedò por la disposicion de Don Iuan sugeta à esta fundacion, y por el consiguiente, que la aplicacion que voluntariamente hizo Doña Maria, lo fue della, y no de su marido.

14 Ademas, que conforme al inuentario de la hazienda de Don Iuan, deudas que dexò, y legados que hizo, resulta no cabe en la herencia la mitad de esta fundacion, ni otra alguna, por quanto desfalcadas de ella deudas, y legados, no quedò cãtidad alguna al cuerpo hereditario, y antes bien Doña Maria quedò grauada en su paga en mas que èl importò.

15 Sin que ofusque esta verdad, el que Don Diego aya solicitado probar, dexò D. Iuan mas hazienda que la contenida en el in-

inuentario con vnas partidas compulſadas de los libros de caſa de Anſaldo Piquinoti, de que quiere inferir quedò en ſu poder otra partida conſiderable de dinero q̃ cobrò Doña Maria, y D. Antonio Canſeco (ſiendo yà ſu marido, pues ademas que eſto no conduce para la diſputa deſte pleyto, como advertimos en nueſtro papel, num. 53. y 54.)

16 Reſpondemos, que tal no ſe ajuſta de las partidas cõpulſadas. Lo primero, por la confuſion q̃ tienen. Lo ſegundo, porque aunq̃ no la tuuieſſen, conſtando del inuentario, y de las miſmas partidas, tenia D. Iuan dinero de diferentes perſonas en confiança en ſu poder, q̃ puſo, y ſacò en caſa de Anſaldo, ſe debe juzgar, q̃ eſte fue del miſmo genero, y q̃ ſe ſacaria para darſe à cuyo era. Y lo tercero (y mas eſſencial) porque las partidas deſtos libros no prueban en manera alguna en perjuizio de tercero (principalmẽte ſiẽdo yà muerto Anſaldo) como lo diſpone la ley de la Partida, (13) diziendo: *Eſcriuen los homes en ſus quadernos por remẽbrança las coſas q̃ les deben. E otroſi lo q̃ ellos deben. E à las vezes eſcriuẽ verdad, è a las vezes el contrario, por oluidança, ò malicioſamente. Por ende dezimos, q̃ ſi fallaren en algun quaderno de algũ home finado, q̃ le debe dar, ò fazer otro alguno alguna coſa, q̃ tal eſcritura como eſta non debe ſer creida, nin faze prueba, maguer parecieſſe buẽ home aquel q̃ lo fizieſſe eſcriuir, è ouieſſe jurado q̃ era verdadera. Ca ſeria coſa ſin razon, è contra derecho de auer*

13 *L. 121. tit. 18. p. 3. l. rationes 6. l. exemplo 7. C. de probat. & facit, l. 48. tit. 25. lib. 4. Recop.* D. Couarr. *in pract. cap. 22. num. 8.* Vella *diſſert. 38. num. 5 tom. 2.* Parcia *de inſtrum. edit. tit. 1. reſol. 3. §. 5. à n. 2. & remiſſiuè tit. 5. reſolut. 3. num. 10.* Camill. Borrell. *in ſum. deciſ. part. 2. tit. 22. à nu 40.* Gaito *de credit. cap. 2. tit. 3. à num. 84. & 730. & tit. 5. à num. 895.*

auer home poderio de fazer à otros sus debdores por sus escrituras quando èl quisiesse.

17 Con q̃ dellas no se puede verificar el extremo de q̃ su contenido fuesse mayor caudal de la herencia de Don Iuan, y menos q̃ le percibiesse, y cobrasse Doña Maria como su heredera, y D. Antonio como su marido, mayormẽte quãdo en ellas ay partidas pagadas a D. Gregorio Rodriguez de Atiença, primo de D. Diego de Santiago; y assi se debe estar al inuentario mientras cõcluyente, y legitimamẽte no se prueba por su parte otra cosa; (14) y por el consiguiente queda sin escrupulo a todas luzes clara la justicia de D. Antonio, que en fauorable determinacion espera. Salva in omnibus, &c.

14 *L, fin. §. licentia* 10. *C. de iur. deliber. l. 6. tit. 6. p.* 6. Alciat. *de præsumpt. reg.* 1. *præsumpt.* 20. *à nu.* 1. Mar. Giurb. *ad consuetud. Mesan. cap.* 9. *glos.* 5. *part.* 1. *num.* 28. Castill. *de aliment. cap.* 30. *à num.* 14. *& num.* 31. vbi plures suo more adducit.

Lic. D. Luis Cerdeño y Monçon.

Lic. D. Francisco Diez Canseco y Gonzalez.